

**MUERTE Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL
VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O
TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS**

*Una mirada a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y al debido
proceso.*

ALEJANDRA TATIANA CARDOZO NARANJO

JULIÁN QUIJANO MARTÍNEZ

**CORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2.015**

**MUERTE Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL
VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O
TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS**

*Una mirada a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y al debido
proceso.*

ALEJANDRA TATIANA CARDOZO NARANJO

JULIÁN QUIJANO MARTÍNEZ

Tesis de grado

Dr. OSCAR AUGUSTO TORO LUCENA

**CORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2.015**

La monografía **“MUERTE Y ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS** *Una mirada a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y al debido proceso.*”, presentada al Centro de Investigaciones e Instituto de Postgrados para optar el título de Magister en Derecho Penal, por los Doctores ALEJANDRA TATIANA CARDOZO NARANJO y JULIÁN QUIJANO MARTÍNEZ. Hoy _____ en Bogotá. D.C.

Dr. ALEJANDRA TATIANA CARDOZO NARANJO
atcardozon@gmail.com

Dr. JULIÁN QUIJANO MARTÍNEZ
Email julianquijano@gmail.com

Dr. OSCAR AUGUSTO TORO LUCENA

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Ciudad y fecha _____

Contenido

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1. ASPECTOS PRELIMINARES	10
1.1. Planteamiento del problema jurídico	10
1.2. Hipótesis	10
1.3. Justificación	10
1.4. Objetivos	11
1.4.1. General	11
1.4.2. Específicos	11
1.5. Estrategia metodológica.....	12
1.6. Marco teórico	13
1.6.1. Marco conceptual	13
1.6.2. Marco referencial	15
1.6.3. Marco legal	16
CAPÍTULO 2. ESTRUCTURA DEL DELITO.....	19
CAPÍTULO 3. TIPO COMPLEJO	22
3.1. Tipo Objetivo	23
3.1.1. Sujeto Activo	23
3.1.2. Sujeto Pasivo	24
3.1.3. Verbo Rector.....	25
3.1.4. Objeto Material	26
3.2. Tipo Subjetivo	26
3.2.1. Dolo	27
3.2.2. Culpa	28
3.2.3. Preterintención.....	29

CAPÍTULO 4. CLASIFICACIÓN TIPOLOGICA DEL DELITO: MUERTE DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE ÓVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS.....30

4.1 Elementos generales del tipo penal previsto en el artículo 108 de la Ley 599 de 2000.....30

4.1.1 Aspecto objetivo30

4.1.2 El Bien Jurídico de la Vida31

4.1.3 Sujetos de la conducta punible32

4.1.4 Tiempo de comisión del delito32

4.1.5 Verbo Rector.....33

4.1.6 Objeto Material34

4.2 Elementos normativos especiales del tipo penal descrito en el artículo 108 de la Ley 599 de 2000.34

4.2.1 De la Violación.....35

4.2.2 De los actos sexuales abusivos.....36

4.2.3 De la inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.....37

4.3 Consecuencias punitivas38

CAPÍTULO 5. CLASIFICACIÓN TIPOLOGICA DEL ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE ÓVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS.....40

5.1. Elementos normativos generales de la conducta descrita en el artículo 128 de la Ley 599 de 2000.40

5.1.1. El Bien Jurídico de la integridad personal y la vida.....40

5.1.2. Sujetos de la conducta punible41

5.1.3. Verbo Rector.....42

5.1.4. Objeto Material	43
5.2. Circunstancias de agravación del Abandono de menores y Personas desvalidas	43
5.2.1. Lesiones personales posteriores al abandono.....	44
5.2.2. Abandono con muerte Sobreviniente.....	46
CAPÍTULO 6. COMPARACIÓN PUNITIVA DEL ABANDONO CON MUERTE SOBREVINIENTE Y LA MUERTE DE HIJO DESCRITA EN EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY 599 DE 2000.....	47
6.1 Ámbito de punibilidad.....	47
6.2 Diferencias en las sanciones penales estudiadas.....	48
CAPÍTULO 7. VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD POR PARTE DEL ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 108 DE LA MISMA LEY50	
7.1 Ponderación en materia del Derecho a la Igualdad	51
7.2 Fundamentos para la aplicación del test estricto de proporcionalidad	53
7.3 Aplicación del test estricto de proporcionalidad como juicio de igualdad	54
7.3.1 Legitimidad, importancia e imperiosidad del fin- Protección del bien jurídico de la vida del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.	54
7.3.2 Legitimidad del medio- Imposición de la pena descrita en el artículo 103 por medio de la remisión que hace el artículo 130.....	55
7.3.3 Adecuación del medio al fin	55
7.3.4 Necesidad del medio en relación con el fin.....	56
7.3.5 Proporcionalidad en sentido estricto del medio en relación con el fin..	58

CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES	60
ANEXOS.....	62
BIBLIOGRAFIA.....	78

Tabla 1 Intensidad test de proporcionalidad / Igualdad	52
Tabla 2 Resultados del test de proporcionalidad aplicado	59
Tabla 3 Intensidad test de proporcionalidad / Igualdad	69

Ilustración 1 Conducta punible.....	21
Ilustración 2 Tipo Objetivo Artículo 108.....	34
Ilustración 3 Tipo objetivo artículo 128.....	43
Ilustración 4 Cuartos punitivos artículo 108 C.P.C.....	48
Ilustración 5 Cuadro comparativo de penas.....	49

INTRODUCCIÓN

El Código Penal Colombiano, tipifica diferentes conductas y a cada una de ellas le asigna una pena acorde al grado de afectación al bien jurídico tutelado, de tal fin que se torne proporcionado el castigo previsto con el daño ocasionado. Bajo esta premisa, se analizan específicamente dos tipos penales de nuestro ordenamiento jurídico que protegen la vida e integridad personal, a saber: *Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas* y *Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas* en el evento en que sobreviene la muerte, en relación con la pena prevista para cada uno de estos eventos desde una perspectiva constitucional y legal, aplicando el instrumento del test de proporcionalidad.

De manera particular el tema no ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional como Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional, en aras de determinar si el castigo impuesto en cada ocasión resulta necesario y ajustado a los principios rectores del Derecho, así como de los fines del Ordenamiento Penal.

Resulta de vital importancia para la materialización de los derechos de las partes que en el ejercicio de la impartición de justicia, se clarifique sobre este tema específicamente, la aplicación del principio de favorabilidad y eventualmente de la categoría dogmática de la omisión impropia, y de esta manera contribuir con el sistema judicial en aras de obtener una aplicación de la Ley Penal desde los preceptos constitucionales y humanistas, que deben ser el eje central y estructurador de la sociedad colombiana.

CAPÍTULO 1. ASPECTOS PRELIMINARES

1.1. Planteamiento del problema jurídico

¿Es inconstitucional la remisión punitiva que contempla el artículo 130 del Código Penal colombiano cuando del abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas sobreviene la muerte?

1.2. Hipótesis

La diferencia punitiva entre el delito de *Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas* (Artículo 108 Código Penal colombiano) y el de *Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas cuando sobreviene la muerte* (Artículo 128 y Artículo 130 Código Penal colombiano) es inconstitucional, vulneradora principalmente de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

1.3. Justificación

En el ámbito nacional, en desarrollo de los fines preventivos generales y particulares de la pena prevista para cada una de las conductas consagradas como punibles por el Código Penal Colombiano, en el artículo 108 *Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas*, y artículos 128 y 130 *Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas cuando sobreviene*

la muerte, es necesario determinar si la diferencia punitiva establecida para cada uno de ellos corresponde efectivamente a los principios constitucionales que imperan en el ordenamiento jurídico, permitiendo de esta manera materializar dichos fines de persuasión, aunados a la garantía de que los castigos resulten proporcionados a los delitos cometidos como respuesta del Estado en un marco de igualdad y respeto al debido proceso.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Determinar si la diferencia punitiva prevista para el delito contemplado en el artículo 108 de la Ley 599 de 2000 *Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas* y el previsto en el artículo 128 y 130 ibídem *Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas cuando sobreviene la muerte*, es inconstitucional y vulneradora principalmente de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

1.4.2. Específicos

- Establecer si existe similitud en los presupuestos normativos y circunstancias *inter criminis* de las conductas previstas en los artículos 108 y 128 con la circunstancia de agravación del artículo 130 de la Ley 599 de 2000.
- Analizar los presupuestos normativos en concordancia con el quantum punitivo previsto en cada uno de los artículos 108 y 128 con la

circunstancia de agravación del artículo 130 de la Ley 599 de 2000, desde los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la pena.

- Realizar un estudio de constitucionalidad del artículo 130 parágrafo 2º de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011.

1.5. Estrategia metodológica

Esta investigación socio-jurídica se fundamenta en las investigaciones de diferentes autores, empleando las herramientas de extracción y rastreo, lo que en investigación se conoce como muestra de expertos. El método inductivo se aplica como quiera que el análisis parte de las características particulares de cada uno de los tipos penales analizados, para después realizar una categorización general de vulneración de derechos fundamentales y de eventuales políticas criminales de solución.

Los resultados se condensarán en propuestas de reforma judicial (entendiendo por esta la labor hermenéutica realizada por los operadores judiciales) y reforma legislativa (como redefinición de la política criminal respecto de estos punibles), que se motivarán en la herramienta constitucional denominada acción pública de inconstitucionalidad.

1.6. Marco teórico

1.6.1. Marco conceptual

1. **Abandonar:** Dejar, desamparar a alguien o algo. Descuidar los intereses o las obligaciones¹.
2. **Acceso carnal:** Es la penetración de miembro viril u otro objeto por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u objeto, según la codificación penal colombiana.
3. **Acción Pública de Inconstitucionalidad:** Definida como la facultad que tienen todos los ciudadanos colombianos de impugnar ante la Corte Constitucional, por ser violatorios de la norma fundamental, los Actos reformativos de la constitución, las Leyes, los Decretos cualquiera sea su clase.
4. **Delito:** Acción u omisión voluntaria o imprudente penada por la ley. Es un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena.
5. **Derechos Fundamentales:** Es una facultad o poder reconocido a una persona por ley suprema vigente que le permite realizar o no ciertos actos.
6. **Dolo:** Voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud. Del latín “*dolus*” que quiere significar fraude o engaño, implica la intención

¹ REAL ACADEMICA ESPAÑOLA. Diccionario de la real academia española 22 ed. [en línea]. <http://lema.rae.es/drae/> [Consulta en mayo de 2014]

de producir un daño mediante una acción u omisión. Actúa con dolo quién miente para sacar provecho de una situación, afectando los intereses de un tercero.

7. **Igualdad:** Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos.
8. **Inseminación artificial:** es una técnica de reproducción asistida que consiste en depositar el espermatozoide del hombre en el interior del sistema reproductor femenino. La zona exacta dónde se realiza la deposición de los espermatozoides varía dependiendo de la técnica concreta de inseminación que se realice.
9. **Matar:** Quitar la vida. Se refiere a la acción concreta de alguien que le quita la vida a otro o a sí mismo, poniendo de este modo un fin absoluto y para siempre a la existencia de esa persona y a todo lo que ella hacía o representaba.
10. **Ponderación:** Atención, consideración, peso y cuidado con que se dice o hace algo. Compensación o equilibrio entre dos pesos.
11. **Pena:** Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. Del latín "*poena*", una pena es la condena, la sanción o la punición que un juez o un tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito o una infracción.
12. **Transferencia de ovulo no consentida:** La transferencia de óvulos es un procedimiento en virtud del cual se extrae un óvulo fecundado y saludable y se trasplanta en el útero de otra mujer, sin el consentimiento de la mujer a quien es transferido el ovulo.

- 13. Vida:** Espacio de tiempo que transcurre desde el nacimiento de un animal, ser humano o un vegetal hasta su muerte. En el latín es donde se encuentra el origen etimológico de la palabra vida. Concretamente procede del vocablo “*vita*”, que a su vez emana del término griego “*bios*”. Es la capacidad de nacer, crecer, reproducirse y morir.

1.6.2. Marco referencial

En la sentencia de la Corte Constitucional, C-013 de 1997 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 328, 345, 347 y 348 todos del derogado Código Penal (Decreto 100 de 1980). Al respecto cabe destacar que los extintos artículos exponían lo siguiente:

“ARTICULO 328. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.

ARTICULO 345. Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año. En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias.

ARTICULO 347. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses a tres años.

ARTICULO 348. Abandono seguido de lesión o muerte. Si del hecho descrito en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte. Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad.”

Respecto de la referida sentencia se destaca el siguiente aparte: “(...) el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la sicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo”.

Se constituye este parámetro como antecedente del presente estudio, en la medida que a pesar de ser normas derogadas, son los presupuestos para los artículos que actualmente son estudiados y que también suscitarán la interposición de una eventual acción pública de inconstitucionalidad, aportando al debate jurídico los argumentos que aquí florezcan (utilizando adrede este término), para de esta manera vislumbrar un mejor horizonte en el mecanismo de control constitucional, atendiendo a que el aquí referenciado no logró su cometido y en consecuencia fueron declarados exequibles la totalidad de artículos estudiados en ese momento por la Corte Constitucional.

1.6.3. Marco legal

Decreto Ley 100 del 1980: Fue el código penal vigente hasta la promulgación de la Ley 599 del año 2000, que derogo este decreto. En este se compilaban de una manera directa todos los delitos, las infracciones a la ley penal, al igual que las penas descritas para cada uno de los delitos.

Constitución Política: Es el marco jurídico legal, donde se establecen los límites, los derechos, las obligaciones y los mandatos para todos los funcionarios públicos al igual que para los ciudadanos. Proferida en 1991 por una asamblea constituyente, electa por voto popular.

Ley 599 del 2000 (Código Penal): Es el código penal vigente, en él se consagran todos los delitos, las sanciones respectivas, la estructura del delito y además la descripción de ciertos elementos claves para la comprensión del delito. En este se especifican las conductas las cual analiza el presente escrito: muerte y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas y Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Ley 890 de 2004: Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal, en esta norma se incluyen nuevos preceptos penales, como libertad condicional, soborno, falso testimonio, fraude procesal, establece un límite máximo para todos los tipos penales de 50 años, también se introduce un máximo de pena de 60 años para el concurso de delitos.

Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal): En este se consagra el sistema penal acusatorio el cual se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano con la presente Ley. Se establecen todos los mecanismos de defensa judicial, las audiencias que deben ser celebradas, los derechos que poseen los sujetos procesales y se estructura todo lo concerniente al trámite penal en Colombia.

Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia): En este se consagran derechos para los menores tanto infractores como el resto de menores, modifica el sistema de penas y castigos aplicados para los mismos, e introduce mecanismos de protección y restablecimiento de derechos para estos.

Ley 1453 de 2011: Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Se aumentan las penas privativas de la libertad, se introducen nuevos mecanismos y tipos para la salvaguarda de los bienes jurídicos tutelados.

CAPÍTULO 2. ESTRUCTURA DEL DELITO

El delito como fuente de estudio primordial del derecho penal es concebido desde su estructura como un ente tríptico, es entendido como toda conducta humana, que incorpora acción y omisión caracterizada por ser Típica, Antijurídica y Culpable². La palabra delito proviene del aforismo latino *Delictum*³, esta hace alusión a desviación o abandono de la ley, lo que nos deja claro una primera premisa, el delito es apartarse o transgredir la ley. Ya desde las escuelas clásicas se daba una definición al delito, Carrara, uno de los principales expositores, lo puntualizó como “*la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*”⁴.

Esta primera definición, estructura los principales elementos antes mencionados (Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad), a pesar de que el Tipo fue concebido por Beling (tatbestand) hasta inicios del siglo XX⁵, y fue incluida esta figura en la estructura del delito desde sus aportes a la dogmática penal. Esta quedo concentrada en su definición del delito, “*el delito como la acción típica antijurídica y culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad*”⁶, Jiménez de Asua, por el contrario, estructura el delito de una forma más concreta, y ceñida a los principios antes vistos, este la concibe como “*el acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.*”⁷.

² Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición, Editorial B de F, Pág. 224.

³ Puyo Jaramillo, Gil Miller Diccionario jurídico penal Ediciones Librería del Profesional, 1981.

⁴ CARRARA, Francesco. Vicisitudes del Fundamento del derecho a castigar 2 Ed. TEMIS. Bogotá. 1976 P 147 GOMEZ, Jesús. Tratado de Derecho Penal óp. Cit. P 49

⁵ BELING, Ernest, Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo, 2 ed. Buenos aires. 1944. Trad Sebastián Soler

⁶ Ibíd.

⁷ JIMENEZ, Luis. La teoría Jurídica del Delito. 1 Ed Madrid. 1930

Con estas definiciones previas, podemos generar una estructura básica en la que se tiene como pilar fundamental la Conducta Humana⁸, en cualquiera de las modalidades antes descritas omisión y acción, esta se debe ser exteriorizada motivadamente; La Tipicidad⁹ entendida como la Ley del Estado, promulgada para defensa de los bienes Jurídicos del Derecho penal; Antijuridicidad¹⁰ este hace alusión a una afectación al orden jurídico (la Ley) no permitida y contraria al derecho; La culpabilidad¹¹ entendida como la conciencia del sujeto infractor de la Ley, que genera un reproche social para el Autor y por ende la exigencia de otra Conducta. Quedando clara la estructura del delito compuesta por los elementos antes mencionados.

Dentro del marco legal nacional, encontramos de forma trascendental el artículo 9 del Código Penal, que señala: “Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”¹², en esta definición de la conducta punible encontramos los elementos comunes que la dogmática penal ha señalado como básicos y fundamentales.

⁸ Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, Pág. 252.

⁹ *ibíd.*

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición, Editorial B de F, Pág. 224.

¹² ARBOLEDA, Mario Código Penal y de Procedimiento Penal. 28 ED. Bogotá D.C. LEYER. 2011.

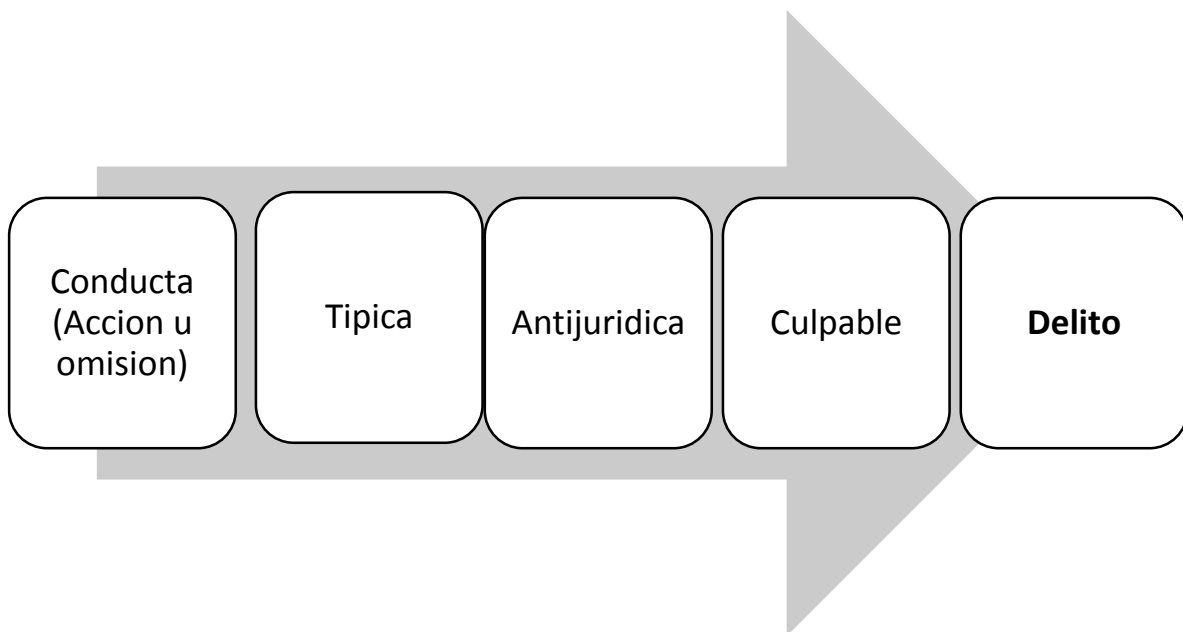


Ilustración 1 Conducta punible

CAPÍTULO 3. TIPO COMPLEJO

El tipo Complejo, es aquella subdivisión dentro del estudio del Tipo en la dogmática penal la cual concibe que este, debe poseer elementos tanto objetivos como subjetivos para la valoración de la conducta humana, lo que permita diferenciar la naturaleza de la conducta que se pretende sancionar, además de aquellos elementos que describen el tipo, y lo transforman en un tipo diferenciado de los demás tipos penales existentes dentro del código penal.

En primera medida hay que resaltar, que Beling al ser el creador del concepto de tipo dentro de la dogmática penal, en su primera teoría manifestó que este solo debe poseer elementos objetivos, y que la modalidad de la conducta, tendiente a identificar la intencionalidad con la cual el sujeto activo realizo la conducta (Dolo o Culpa) aún deben ser analizados dentro de la culpabilidad.

Esta concepción del tipo es ampliada por los alemanes Hellmuth Von Weber y Alexander Graf Zu Dohna¹³, estos incluyen los aspectos subjetivos dentro de la concepción del tipo. Pero es Hans Welzel quien unifica la teoría e incluye los elementos subjetivos (modalidad de la conducta) dentro del Tipo Penal, lo cual transforma el tipo penal, en un tipo complejo. Esta tesis está sustentada en su Teoría final de la acción aquel fue aceptada por la dogmática penal moderna, y es aquella que en la actualidad se implementa en el estudio del Derecho Penal.

¹³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Manual de Derecho Penal, Parte general, Editorial Temis.

3.1. Tipo Objetivo

El tipo objetivo está integrado por todos aquellos elementos del obrar externo¹⁴, es decir en aquella fase donde se hace visible la conducta humana. Esta también es entendida como el momento en cual se manifiesta la voluntad del sujeto activo. Está compuesta por aquellos elementos superficiales a la intencionalidad del sujeto. Encontramos en esta fase visible, los sujetos de la conducta (Sujeto Activo y Sujeto Pasivo), el verbo rector, el objeto sobre el cual recae la conducta y por último el bien jurídico, este es el que se ve afectado con la comisión de los hechos por parte del sujeto¹⁵.

3.1.1. Sujeto Activo

Es entendido como aquel sujeto encargado de realizar la conducta, encargado de realizar la acción o la omisión, descrita en el tipo penal, y por ende infractor de la Ley Penal. Este puede ser determinado o indeterminado, que también recibe el nombre de *sujeto activo calificado o no calificado*¹⁶.

El sujeto activo calificado¹⁷ debe poseer ciertas calidades especiales para ser sujeto de determinado delito, por lo cual si carece de la calidad descrita en el tipo penal, esta sería atípica, o por el contrario daría lugar a otro tipo penal, es necesario que esta calidad del sujeto representa un nexo fundamental a la hora de subsumir una acción en un tipo penal. Un claro ejemplo es el delito de prevaricato cual requiere la calidad de servidor público para la consumación de la conducta, si esta aptitud no recae en el sujeto infractor, estaríamos en presencia de otro tipo penal, así el artículo 413 de la ley penal colombiana

¹⁴ GÓMEZ López, Jesús Orlando Tratado de derecho Penal, La Tipicidad Tomo III, Ediciones Doctrina p. 201

¹⁵ Ibíd. P 192

¹⁶ Ibíd.

¹⁷ MUÑOZ Conde, Francisco Teoría General del Delito, Edit. Temis 2005, Pág. 9.

establece lo enunciado en los siguientes términos: *“Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) año”*.¹⁸

Es claro en este evento, que para que la conducta sea punible de acuerdo con el tipo penal ejemplificado y no se transforme en una conducta atípica, debe ser necesario la concurrencia de la calidad de servidor público exigida en la respectiva norma.

Por otra parte el sujeto activo indeterminado¹⁹, se presenta en aquellas conductas descritas en el tipo penal, que no es necesario que se acredite cierta calidad, sino que por el contrario, cualquier sujeto puede realizarlas.

3.1.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo en la conducta penal, es aquel sobre quien recae la acción típica siendo este la víctima de la conducta, por otra parte es además considerado víctima, aquel que padece las consecuencias de la acción típica, y ve los resultados a posteriori del delito, como en el delito de homicidio, donde es considerado víctima aquellos familiares del occiso, que sufren las secuelas de la pérdida de un familiar. Este sujeto puede ser determinado o indeterminado²⁰, de acuerdo a las exigencias del tipo penal.

¹⁸ Arboleda. Óp. Cit.

¹⁹ GÓMEZ López, Jesús Orlando... Óp. Cit.

²⁰ Ibíd.

El sujeto pasivo es determinado, cuando es necesario que recaiga sobre aquella persona que goza de las calidades y aptitudes descritas en el tipo penal²¹, de lo contrario esta no sería el sujeto pasivo de la conducta descrita. El artículo 122, tipo penal del aborto, el sujeto pasivo de la conducta es aquel nasciturus, al que se le impide nacer.

El sujeto pasivo es indeterminado, cuando no requiere calidad especial en el tipo²² para que sea víctima de la conducta delictiva y por ende puede ser cualquier persona.

3.1.3. Verbo Rector

Este se refiere al verbo encargado de describir la conducta que debe realizar el sujeto activo, para que la conducta sea típica, debe ser taxativo expreso y claro, de tal suerte que este no se preste para interpretaciones de ninguna índole, y así se respeten los principios propios del derecho penal. Puede ser verbo rector simple²³, donde el tipo penal solo expresa un verbo este debe ejecutarse para que la conducta sea típica, como el caso del artículo 103 de homicidio, donde requiere la configuración de la acción de matar; verbo rector compuesto alternativo²⁴, que es aquel en el que el tipo penal expresa dentro de su literalidad varios verbos, pero solo se requiere que se ejecute uno de ellos para que el tipo penal sea completado; y el verbo rector compuesto acumulativo²⁵, que requiere para su plena subsunción que se ejecuten todos los verbos presentes dentro del tipo, de lo contrario la conducta se torna atípica.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

²⁴ VELÁSQUEZ Velásquez Fernando, Manual de Derecho Penal Parte General, Tercera Edición, Editorial Comlibros, 2009. Pág. 241

²⁵ *Ibíd.*

3.1.4. Objeto Material

Es el elemento sobre el que recae la acción criminal del sujeto activo, de tal suerte que este es el que resulta afectado de manera primordial; sobre este recae de forma esencial el daño.²⁶ Puede ser real²⁷, en este el objeto afectado puede ser una cosa o un bien, mueble o inmueble, sobre el recae la acción criminal; puede ser personal²⁸, en tal caso el afectado con el accionar criminal es directamente una persona, aquí se ubica el artículo 108 que será analizado; por ultimo puede ser fenomenológico²⁹, la conducta humana recae sobre fenómenos jurídicos, naturales o sociales.

3.2. Tipo Subjetivo

En el aspecto subjetivo, se analiza todos aquellos elementos internos del sujeto activo en la conducta punible, en este se analizan los aspectos volitivos y cognoscibles del sujeto infractor para determinar la modalidad de la conducta. Este análisis de la intencionalidad del sujeto activo, se traslada a la tipicidad desde la escuela finalista, toda vez que las escuelas clásicas la ubicaban en la culpabilidad.

Estas se encuentran descritas en el artículo 21 de nuestro Código Penal *“Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintencional sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.”*³⁰ En Colombia se encuentra eliminada o proscrita como lo menciona el Código Penal, cualquier tipo de responsabilidad

²⁶ Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, Pág. 220.

²⁷ MIR Puig Santiago, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición, Editorial B de F,

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Arboleda. Óp. Cit.

objetiva, por ende es necesario verificar con qué intención obró el actor de la conducta Punible.

3.2.1. Dolo

Descrita en el artículo 22, el cual señala “*Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”³¹.

El dolo es entendido como aquella intencionalidad de realizar la conducta, conociendo los hechos constitutivos de la infracción, esto es, elemento cognoscitivo y volitivo³². La mayoría de los delitos en Colombia se encuentran bajo esta modalidad, siendo la regla general³³.

La dogmática penal concibe 3 categorías de dolo o sub clasificación del mismo, en esta categorización encontramos: Dolo Directo, en este el sujeto activo de la conducta se encarga de realizar además de perseguir el resultado de la acción criminal de forma directa, en este se quiere la ejecución de la conducta punible y se llevan a cabo todos los mecanismos para su consecución, el clásico ejemplo es aquel donde una persona dispara a otra causándole la muerte; el Dolo Indirecto entendido como aquel modo de conducta donde el actor de la acción humana realiza un hecho típico con la intención y la voluntad, pero como consecuencia de la misma se produce un resultado adicional, este es inevitable y por ende se materializa, el ejemplo clásico es aquel donde el sujeto activo

³¹ Ibíd.

³² FERNANDEZ, Eugenio. Estructura de la Tipicidad Penal 3 ed. Bogotá D.C. JURIDICAS GUSTAVO IBÁÑEZ 1999 P 22

³³ Ibíd.

busca matar a un alto dirigente del Estado y coloca explosivos en su camioneta ocasionando no solo la muerte del dignatario sino además de su sequito y guardaespaldas; y Dolo Eventual, en este se produce un resultado antijurídico que no es perseguido por la persona que realiza la conducta, pero se da inevitablemente como resultado del obrar, un ejemplo claro se presenta cuando un sujeto manejando a alta velocidad su automotor cruza un semáforo en rojo y arrolla a una persona.

3.2.2. Culpa

Es entendida como el comportamiento que produce la infracción o transgresión del deber objetivo de cuidado³⁴, esta modalidad de conducta está basada en la previsibilidad que debe poseer el sujeto que realiza la conducta de la posible ocurrencia del suceso, por ende a este se le juzga por su falta de previsión, por su imprudencia, negligencia o violación de reglamentos.

Se encuentra tipificada en el Código Penal artículo 23. *“Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.”*³⁵.

Existen dos categorías de la culpa: Culpa con Representación y Culpa sin Representación. La primera hace alusión a que el sujeto prevé el resultado dañoso pero no desea su realización, el actor confía en evitarlo por sus capacidades, pericia, experiencia entre otras; por otra parte la culpa sin representación es aquella donde el resultado no fue previsto y por ende no fue tampoco deseado por el sujeto.

³⁴ Ibíd.

³⁵ Arboleda... Óp. Cit.

3.2.3. Preterintención

Esta modalidad de conducta se encuentra plasmada en el artículo 24 el cual señala “*La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.*”³⁶. Esta conducta penal castiga aquel exceso previsible, el cual sobrepasa la intención del autor de la conducta, toda vez que este no deseaba el resultado, pero si consta de un elemento volitivo y cognoscible, frente a la primera intención. Este tipo es taxativo y claro, solo se castiga como preterintencional aquel delito que el código señala, un ejemplo de este tipo es el artículo 105, estableciendo “*Homicidio preterintencional. El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad.*”³⁷.

³⁶36 Ibid.

³⁷ Ibid.

CAPÍTULO 4. CLASIFICACIÓN TIPOLÓGICA DEL DELITO: MUERTE DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE ÓVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS.

El tipo penal “Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas”, se encuentra en el artículo 108 del Código Penal Colombiano, particularmente en el Capítulo segundo “Del homicidio”, Título primero “Delitos contra la vida y la Integridad Personal” del Libro Segundo.

El legislador establece: “La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión...”³⁸.

4.1 Elementos generales del tipo penal previsto en el artículo 108 de la Ley 599 de 2000.

4.1.1 Aspecto objetivo

También llamado infanticidio “significa matar a un niño (del latín *infanticidium*), no obstante desde el ángulo jurídico implica dar muerte a un sujeto pasivo en quien concurren ciertas características, por un determinado sujeto y con un ánimo especial...”³⁹, es “una verdadera forma privilegiada de homicidio”⁴⁰ y puede llevarse a cabo por acción (estrangulamiento, asfixia, inmersión,

³⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Código Penal Colombiano. Diario Oficial. Bogotá, D. C., 2000. No.44.097. Artículo 108.

³⁹ VELÁZQUEZ, Fernando. Delitos contra la vida y la integridad personal. 1 ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013. P. 176.

⁴⁰ *Ibíd.*

abandono, sofocación, etc.) o por omisión impropia (ausencia de alimentación, no anudamiento del cordón umbilical, etc.)⁴¹.

4.1.2 El Bien Jurídico de la Vida

La configuración de esta conducta en delito, supone la protección del bien jurídico de la vida, particularmente el derecho fundamental del hijo que nace, sin que medie el consentimiento de la procreación, es decir, producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

La Corte Constitucional señala que “La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta”⁴². No cabe duda que el escenario que nos convoca es el homicidio y no el aborto, así mismo que se hace presente el infanticidio en esta conducta dolosa.

⁴¹ Ibíd. P. 178.

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 (10, mayo, 2006) Demanda de inconstitucionalidad. M.P.: Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández.

4.1.3 Sujetos de la conducta punible

Como se mencionó anteriormente, el sujeto activo –calificado– es la madre biológica que mata al hijo, que es producto de una violación, o de una inseminación artificial no consentida, o la transferencia de ovulo fecundado involuntario⁴³; en ese orden de ideas el sujeto pasivo corresponde al hijo no consentido, siempre que el acto atentatorio ocurra dentro de los 8 días siguientes al nacimiento y en virtud de una de las conductas constitutivas de delito como el acceso carnal violento⁴⁴.

4.1.4 Tiempo de comisión del delito

Se debe señalar que el delito requiere el cumplimiento de una exigencia de carácter objetivo, *verbi gratia* el interregno de 8 días para que el sujeto activo atente contra la vida del recién nacido, de lo contrario la madre se encuentra inmersa en otra conducta penal, en este caso homicidio agravado, sin perjuicio que el caso en concreto conduzca a la adecuación típica adicional de otra conducta.

En términos de Castillo Alva “(...) el nacimiento es un segmento temporal del parto que adquiere la trascendencia máxima, en la medida que es en esta etapa en la que una parte del cuerpo del infante surge y aparece al mundo exterior”⁴⁵. Se advierte entonces que si el homicidio ocurre antes del nacimiento, se resquebraja la adecuación típica, al respecto Velázquez propone que el legislador remplace la palabra *nacimiento* por *parto*⁴⁶.

⁴³ Se insiste en que la ausencia de cualquiera de estas situaciones, hace reposar la conducta en un homicidio agravado.

⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Código Penal Colombiano. Diario Oficial. Bogotá, D. C., 2000. No.44.097. Artículo 205.

⁴⁵ CASTILLO, José. Derecho Penal. Parte Especial. 1 ed. Lima: Grijley, 2008. P. 605.

⁴⁶ VELÁZQUEZ, F. Óp. Cit. P. 180.

El término de los ocho días es un plazo “desde luego arbitrario, pero necesario, entendiéndose que se trata de días comunes, continuos y sucesivos, que comienzan a contarse a partir del momento en que la criatura ha nacido”⁴⁷. No puede dejarse librado en sede judicial un término no definido, el legislador acude a la interdisciplinariedad entre Derecho y Psicología y determina que el interregno idóneo es el de ocho días. En términos de Gómez López:

“El término fijado por la ley tiene su razón de ser en el especial estado psicológico – alteración emocional profunda, dolor, ira, sentimiento de deshonra, etc. – que se supone puede sufrir la madre ante la violación, siendo esto mismo lo que la motiva al crimen, estado que no puede perdurar indefinidamente; el precitado término también tiene explicación con relación a una posible psicosis puerperal, que precisamente suele presentarse en los días próximos después del parto”⁴⁸.

4.1.5 Verbo Rector

Respecto de los verbos rectores advierte la Corte Constitucional “...dentro del tipo penal, rige o determina cuál es específicamente la conducta que debe ser sancionada...”⁴⁹, en este caso el verbo rector es simple, el tipo penal señala únicamente la acción de matar, la real academia española define este vocablo como “Quitar la vida”⁵⁰, “Acabar con alguien”⁵¹, “Extinguir, aniquilar”⁵². A esta acción la acompañan unas circunstancias objetivas que propician la conducta, para el caso en concreto el factor que desencadenó la gestación de un hijo sin

⁴⁷ GÓMEZ, Jesús Orlando. El Homicidio. 3 ed. Tomo II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2006. P. 381.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-483 (29, septiembre, 1997) Revisión acción de Tutela. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁰ REAL ACADEMICA ESPAÑOLA. Diccionario de la real academia española 22 ed. Matar. [en línea]. <http://lema.rae.es/drae/> [Consulta en mayo de 2014]

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² *Ibíd.*

voluntad; esta acción necesariamente es dolosa, en consecuencia no existe el infanticidio culposo.

4.1.6 Objeto Material

El objeto material es personal, porque la conducta descrita atenta contra el recién nacido, dentro de los ocho días siguientes al alumbramiento.

Bien jurídico	•Vida
Sujetos	•Activo Calificado: Madre biológica + circunstancias del tipo. •Pasivo Calificado: Hijo + circunstancias del tipo.
Verbo rector	•Matar
Objeto Material	•Personal

Ilustración 2 Tipo Objetivo Artículo 108.

4.2 Elementos normativos especiales del tipo penal descrito en el artículo 108 de la Ley 599 de 2000.

Las circunstancias que plantea la conducta estudiada, se pueden relacionar en primer lugar con el aborto, en el entendido que cuando ocurre una de estas condiciones el aborto se despenaliza a favor de la madre afectada, sin embargo, el universo fenomenológico descrito en el tipo penal nos aleja de esta conducta

y nos centra en el homicidio en contra del recién nacido, producto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

4.2.1 De la Violación

El Código Penal Colombiano, establece en su Título IV, los Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, particularmente en el Capítulo primero “De la violación”, señala el acceso carnal violento, el acto sexual violento y el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

Para el caso concreto atañen el artículo 205 y 207, acceso carnal violento y acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir –sin interesarnos por el acto sexual-, respectivamente. Como quiera que de la conducta penal descrita en el artículo 206 no puede engendrarse vida, se desestima para este estudio.

El verbo rector que gobierna estos tipos penales es acceder, la Real Academia Española entiende esta acción como “Ceder en el propio parecer, conviniendo con un dictamen o una idea de otro, o asociándose a un acuerdo”⁵³, la labor hermenéutica remite a la palabra “acceso”, donde encontramos la expresión “coito”⁵⁴, vocablo que a su vez significa “Cópula sexual”⁵⁵, “unirse o juntarse sexualmente”⁵⁶.

La ley penal y la doctrina Colombiana, señalan que en estas actuaciones se hace necesaria –para su configuración-, la penetración por parte de un miembro viril,

⁵³ REAL ACADEMICA ESPAÑOLA. Diccionario de la real academia española 22 ed. Acceder. [en línea]. <http://lema.rae.es/drae/> [Consulta en mayo de 2014]

⁵⁴ Ibíd. Acceso.

⁵⁵ Ibíd. Coito.

⁵⁶ Ibíd. Copula.

por vía vaginal, anal u oral, así mismo el empleo de cualquier otro elemento de la constitución física del agente infractor, que tenga como fin la penetración sexual, así tenemos que el Código Penal, define el acceso carnal como “la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”⁵⁷.

Referido lo anterior, es importante señalar que el acceso carnal acompañado de la ausencia de voluntad (de la victimad de esta situación) conlleva a la consecución de una violación, en otras palabras, la violación se genera por la trasgresión de la libertad sexual fruto de un acceso carnal no consentido.

Si producto de estas conductas una mujer concibe a un hijo, la ley penal señala una consecuencia penal -limitada por el termino de ocho días- en caso de que la madre atente contra la vida del menor repudiado.

4.2.2 De los actos sexuales abusivos.

El Código Penal Colombiano, establece en su Título IV, los Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, particularmente en el Capítulo segundo “De los actos sexuales abusivos”, establece las conductas en las que incurrirá el que acceda a persona menor de catorce años. Para el objeto de estudio interesan los tipos penales descritos en el artículo 208 y 210, Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y Acceso carnal abusivos con incapaz de resistir, respectivamente – prescindiendo del acto sexual abusivo con incapaz de resistir, como quiera que el artículo 108 precisa la necesidad de la germinación y el posterior nacimiento-.

⁵⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. Óp. Cit. Artículo 212.

El bien jurídico tutelado en este aparte de la última ratio, es la formación sexual, asunto que no tiene un desarrollo pacífico en la doctrina penal, pero que se clarifica cuando se analiza bajo el criterio de expertos en el tema, así tenemos que Del Rio manifiesta que “La formación sexual Sugiere un conjunto de pasos biológicos y psíquicos, los que deben obedecer a un patrón normal, social y médicamente adecuado. Los delitos sexuales, atentan contra el normal desarrollo de la sexualidad, sobre todo, tratándose de menores sin la madurez para enfrentar situaciones sexuales”⁵⁸. Por su parte Victor Arbulu indica que se entiende como la libre disposición del cuerpo y por ende la facultad de las personas de evitar agresiones sexuales⁵⁹.

De manera que la mujer que siendo sujeto pasivo calificado de estas conductas, es decir aquella persona menor de catorce años que es accedida abusivamente y que producto de esta situación engendra un hijo para después comisionar su muerte, incurre en el tipo expresado en el artículo 108, no obstante, siendo menor de 14 años al momento de la comisión de la conducta punible, no entrara a responder penalmente atendiendo a la normatividad establecida en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

4.2.3 De la inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

El Código Penal Colombiano, tipifica como delito independiente, el descrito en este aparte, así el artículo 187 establece que: “Quien insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la

⁵⁸ DEL RIO, Enrique. Delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales. [en línea]. <http://www.enriquedelriogonzalez.com/2008/08/delitos-contra-la-libertad-integridad-y.html> [Consulta en mayo de 2014].

⁵⁹ ARBULU, V. Delitos sexuales en agravio de menores (Incidencia en la Provincia del Callao. Año 2004 al 2009). Callao: 2010.

salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo término. La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se realizare en menor de catorce (14) años”.

El ámbito jurídico ha hecho imperiosa la labor de aplicar estos fenómenos biológicos al proceso judicial, así tenemos que la inseminación artificial se refiere a “la introducción de semen en el interior de los órganos genitales femeninos, a efectos de que se produzca la fecundación, por el respectivo encuentro de los espermatozoides con los óvulos. Se trata de un procedimiento o método mecánico, que excluye la relación sexual”⁶⁰.

Por otra parte, la transferencia de ovulo fecundado se refiere a “el procedimiento ordinario de implantación del óvulo fecundado, en el útero, a efectos de que se desarrolle todo el proceso de la gestación. Generalmente esta precedido de la fecundación *in vitro* o en laboratorio, pero se puede incluir la hipótesis de la fecundación realizada en otro útero”⁶¹.

En consecuencia, vistos los procedimientos, se parte de la necesidad de que estos no sean consentidos, es decir que la madre (sujeto activo del tipo penal analizado) sea inseminada o adquiera por transferencia un ovulo fecundado, mediante violencia, engaño, o inducción al error, entre otras hipótesis.

4.3 Consecuencias punitivas

La ley 599 de 2000, establecía que la sanción penal para el artículo 108 era la prisión de cuatro (4) a seis (6) años, por su parte la Ley 890 de 2004

⁶⁰ TOCORA, Luis. Derecho Penal Especial. 11 ed. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2009. P. 65-66.

⁶¹ *Ibíd.* P. 66.

(modificatoria de las penas) determinó que la consecuencia punitiva corresponde a prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses⁶², es decir, 5 años y cuatro meses a 9 años de prisión. Esta pena se ve mitigada en virtud de la libertad de configuración legislativa, escenario en el que se interpreta la necesidad de condicionar el reproche social, contra aquella mujer que ha sido sujeto pasivo de una conducta penal y que producto de esta situación atentó contra la vida del recién nacido.

Conviene señalar que el derogado Decreto Ley 100 del 1980, fijaba en su artículo 328, la conducta que hoy se analiza en el artículo 108 del actual Código Penal Colombiano, el extinto decreto establecía “Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años”.

De manera que un primer acercamiento a la consecuencia punitiva del artículo 108, nos enfrenta a que la política criminal⁶³ del Estado Colombiano, ha sido la de aumentar el quantum de la pena, así la mínima no es uno sino más de cinco años y la máxima pasa de tres años al triple. Esta situación es controversial si se analiza la sanción a la luz del artículo 128 del Código Penal Colombiano.

⁶² Junto con la consecuencia accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

⁶³ Entendida esta como “El conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C- 646 (20, junio. 2001). Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal" y la Ley 600 de 2000 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.". M.P.: Manuel José Cepeda.

CAPÍTULO 5. CLASIFICACIÓN TIPOLÓGICA DEL ABANDONO DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO, ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA DE ÓVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS.

El tipo penal de “Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.”, se encuentra consagrado en nuestro código penal en el artículo 128, el cual tipifica aquella conducta ejercida por la madre al abandonar al neonato.

Este artículo menciona *“Artículo 128. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.”*⁶⁴. De forma precisa se encuentra en el Título I, el cual se ocupa de los Delitos Contra la Vida y La Integridad Personal en su capítulo Sexto, enunciando los delitos “Del abandono de menores y personas desvalidas”.

5.1. Elementos normativos generales de la conducta descrita en el artículo 128 de la Ley 599 de 2000.

5.1.1. El Bien Jurídico de la integridad personal y la vida

El bien jurídico protegido por este tipo penal, es la integridad personal de manera fundamental, toda vez que se busca sancionar con este delito aquella conducta tendiente a atentar contra la integridad del neonato.

⁶⁴ Arboleda. Óp. Cit.

Esta conducta afecta la integridad y subsistencia del menor, ya que la madre se encuentra inmersa en las circunstancias descritas en el tipo, abandona al menor, dejándolo desamparado y a su suerte, de lo cual puede sobrevenir tanto lesiones personales como la muerte del menor.

La Corte Constitucional menciona *“el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la sicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo”*⁶⁵. El máximo tribunal manifiesta la intención del legislador de proteger a la madre inmersa en estas circunstancias, para que esta no sea juzgada de forma tan severa.

5.1.2. Sujetos de la conducta punible

Los sujetos descritos en este tipo penal son calificados⁶⁶, toda vez que para que esta se configure debe ser ejecutada por aquella madre, siendo esta el sujeto activo de la conducta punible, que se encuentre en las situaciones descritas en el tipo penal. Esta madre debe encontrarse en estas situaciones:

- Acceso carnal violento.
- Acceso carnal abusivo.
- Inseminación artificial no consentida.
- Transferencia de óvulo fecundado no consentida.

⁶⁵ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-013/97. (23 enero de 1997) M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁶ VELAZQUEZ Velázquez, Fernando. Delitos contra la vida y la integridad personal. 1 ed. Ediciones jurídicas Andrés Morales. 2013. Bogotá.

Por otra parte el sujeto pasivo de la conducta, es aquel recién nacido, producto de las circunstancias descritas en el tipo, de lo contrario la conducta descrita no se subsumiría en este tipo penal. Estas circunstancias y calidades deben recaer en el sujeto pasivo para que la conducta sea plenamente típica.

El menor debe ser abandonado dentro de los 8 días posteriores al alumbramiento, para que este tipo penal más beneficioso sea aplicable, de lo contrario se subsumiría en el tipo penal preliminar es decir el artículo 127 del código penal, el cual menciona: *“Artículo 127. Abandono. El que abandone a un menor de doce (12) años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.”*

5.1.3. Verbo Rector

El verbo rector del tipo penal es el de “Abandonar”, este, según la clasificación de los verbos rectores, se enmarca dentro la categoría de simple, toda vez que el tipo solo consagra un verbo, aquel debe ser ejecutado por la madre para que la conducta se configure.

Abandonar, es definido como “Dejar, desamparar a alguien o algo.”⁶⁷, esta conducta para que sea subsumida en el tipo penal, debe ser ejecutada por la madre, quien haya padecido de aquellos elementos que describe el tipo, y debe ejecutarse dentro de los 8 días siguientes, de lo contrario la conducta de transformaría en atípica relativa, y se subsumiría en otro tipo penal.

⁶⁷ Real Academia de la Lengua Española. Óp. Cit.

5.1.4. Objeto Material

La conducta sobre la cual recae este tipo penal es de orden personal, toda vez que afecta a una persona, en este caso, el lesionado es aquel neonato, producto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, este abandono debe ser dentro de los ocho días siguientes al nacimiento, si esto no ocurriere de esta forma, la conducta recaería sobre otro tipo penal, este tipo penal también se clasifica como una omisión dolosa⁶⁸ por parte de la madre que se encuentra inmersa en las situaciones descritas en el tipo.

Bien jurídico	•Integridad Personal
Sujetos	•Activo Calificado: Madre biológica . •Pasivo Calificado: Hijo producto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas
Verbo rector	•Abandonar
Objeto Material	•Personal

Ilustración 3 Tipo objetivo artículo 128

5.2. Circunstancias de agravación del Abandono de menores y Personas desvalidas

Las circunstancias de agravación punitiva de este delito se encuentran plasmadas en el artículo 130 modificado por la ley 1453 de 2011, el cual el

⁶⁸ VELAZQUEZ Velázquez, Fernando. Delitos contra la vida ... Óp. Cit.

legislador plasma de la siguiente forma “*Artículo 130. Circunstancias de agravación. Si de las conductas descritas en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte.*

Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley.”⁶⁹.

En este artículo se incrementan las sanciones penales, es decir, las penas establecidas para aquellos sujetos que realicen las conductas descritas en los tipos penales precedentes, consignando de esta forma castigos más severos para aquellos abandonos, que acarreen lesiones personales o la muerte sobreviniente del menor, la persona desvalida por sus propios medios y aquel neonato dentro de los 8 días siguientes del nacimiento.

5.2.1. Lesiones personales posteriores al abandono

Este tipo de abandono, para el profesor Velázquez Velázquez, es concebido como aquel abandono atenuado⁷⁰, toda vez que con este tipo de abandono se busca proteger a la madre en aquellas circunstancias establecidas en el tipo, que posee una debilidad mental y social, producto de cualquiera de las circunstancias particulares que la rodean, el artículo 130 menciona “Circunstancias de agravación. Si de las conductas descritas en los artículos anteriores se siguiere

⁶⁹ Arboleda. Óp. Cit.

⁷⁰ VELAZQUEZ Velázquez, Fernando. Delitos contra la vida ... Óp. Cit.

para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte.”⁷¹.

Esta acción “debe consistir en un daño en el cuerpo o en la salud en cualquiera de sus modalidades”⁷². Es así que se presenta una agravación punitiva de este delito cuando sobre el neonato sobrevienen lesiones personales, estas según el código penal, pueden ser de cualquier índole, siempre y cuando se encuentren tipificadas en el código penal. La pena de esta conducta, cuando se ocasionan lesiones al recién nacido, se concibe entre 16 hasta 67 meses y quince días de prisión, (1 año y 4 meses a 5 años y 7 meses más 15 días) sumado a una pena accesoria de inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas, este proceso penal no existe perjuicio respecto de la acción civil derivada del hecho⁷³, hoy incidente de reparación integral bajo la égida de la Ley 906 de 2004 (Sistema Acusatorio).

Es preciso señalar, que el Código Penal menciona que si la madre en las circunstancias descritas en el tipo, abandona el neonato, en el lugar que menciona el artículo 130, es decir, en una situación que ponga en riesgo la vida del menor, esta conducta será interpretada como una tentativa de homicidio, el legislador señala *“Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio”*⁷⁴, por ende la pena sería de 104 a 337 meses más 15 días de prisión, (8 años y 6 meses a 28 años más 15 días), sumado a la pena accesoria y la acción de responsabilidad civil derivada de la comisión del delito.

⁷¹ Arboleda. Óp. Cit.

⁷² VELAZQUEZ Velázquez, Fernando. Delitos contra la vida ... Óp. Cit. p 310

⁷³ Ibíd.

⁷⁴ COLOMBIA CONGRESO DE LA REPUBLICA Ley 1453 del 2011. Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011

5.2.2. Abandono con muerte Sobreviniente.

Con la modificación legislativa que trajo consigo la Ley 1453 de 2011, se estableció un aumento punitivo, toda vez que antes de esta reforma legislativa el código penal concebía una pena incrementada por la muerte del neonato, “en la tercera parte a la mitad”. Actualmente con la Ley 1453, esta es concebida como un homicidio simple y por ende la pena aplicada aumenta considerablemente, el legislador enuncia de esta forma la circunstancia de agravación punitiva cuando sobreviene la muerte del abandono del artículo 128, *“Inciso 2 del artículo 130 modificado por la ley 1453 si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley.”*⁷⁵.

Es claro que el aspecto subjetivo de este delito es meramente doloso, ya que comprende un elemento cognoscitivo por parte de la madre, y por supuesto el elemento volitivo, el cual hace alusión a la realización de la acción descrita en el tipo con las circunstancias que la rodean. En este aspecto existe un debate, toda vez que las circunstancias descritas en el tipo carecen de taxatividad inequívoca⁷⁶ principio rector del derecho penal, porque es difícil determinar aquellas circunstancias fácticas y de lugar consignadas en el inciso 2 del artículo 130.

⁷⁵ Ibíd.

⁷⁶ VELAZQUEZ Velázquez, Fernando. Delitos contra la vida... Óp. Cit. p 310

CAPÍTULO 6. COMPARACIÓN PUNITIVA DEL ABANDONO CON MUERTE SOBREVINIENTE Y LA MUERTE DE HIJO DESCRITA EN EL ARTÍCULO 108 DE LA LEY 599 DE 2000.

La libertad de configuración legislativa ha permitido que el Congreso de la República establezca diferencias en las consecuencias punitivas que se imponen a los delitos expuestos en este estudio. Estos tratamientos disimiles son apreciados a simple vista, porque a pesar de que el límite entre una u otra conducta sea tan estrecho, las repercusiones penales si son antagónicas y astronómicamente desiguales.

6.1 Ámbito de punibilidad

El derecho procesal penal, determina la existencia de unos límites mínimos y unos máximos según la pena a imponer, de manera que el ámbito punitivo se divide en cuartos. Estos son a saber: un cuarto mínimo, dos cuartos medios y un cuarto alto⁷⁷.

El cuarto mínimo corresponde a la pena mínima, este se aplica cuando no concurren atenuantes ni agravantes, o existen solamente atenuantes punitivos, los dos cuartos medios, se indilgan cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva y el cuarto máximo se emplea cuando solo existen circunstancias de agravación punitiva⁷⁸.

Corresponde entonces ejemplificar cada cuarto y para ello tomaremos la pena contemplada en el artículo 108 del Código Penal Colombiano. Como se

⁷⁷ CAICEDO, José Hilario. Manual del Proceso Penal Acusatorio. 1 ed. Bogotá: Universidad Libre, 2012. P. 146.

⁷⁸ *Ibíd.* P. 147.

mencionó anteriormente, la pena oscila entre 64 y 108 meses, por disposición de la Ley 890 de 2004.

Cuarto bajo: 64 meses - 75 meses.
Dos cuartos medios: 75 meses - 86 meses 86 meses - 97 meses.
Cuarto alto: 97 meses - 108 meses.

Ilustración 4 Cuartos punitivos artículo 108 C.P.C.

El ejercicio de aritmética penal, nos dirige a la necesidad de comparar los cuartos punitivos de los tipos penales descritos en el artículo 108, 128 y 130 (Cuando sobreviene la muerte producto del abandono).

6.2 Diferencias en las sanciones penales estudiadas

La Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, se penaliza como se describió anteriormente con una sanción que oscila entre 64 y 108 meses de prisión; el abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, recibe un castigo penal que oscila entre 12 y 36 meses; finalmente, la muerte sobreviniente producto del abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, se penaliza con prisión entre 208 a 450 meses (en virtud de la remisión expresa a la pena que se aplica para el homicidio en el artículo 103).

Es así que en años, la pena máxima aplicable en los delitos descritos será de 9 años (Artículo 108), 3 años (Artículo 128) y un poco más de 37 años (Artículo 130), respectivamente.

Art. 108	<p>Muerte de hijo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuarto bajo: 64 meses - 75 meses. • Dos cuartos medios: 75 meses - 97 meses. • Cuarto alto: 97 meses - 108 meses.
Art. 128	<p>Abandono de hijo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuarto bajo: 12 meses - 18 meses. • Dos cuartos medios: 18 meses - 30 meses. • Cuarto alto: 30 meses - 36 meses.
Art. 130	<p>Muerte sobreviniente al abandono</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuarto bajo: 208 meses - 268 meses. • Dos cuartos medios: 268 meses - 389 meses. • Cuarto alto: 389 meses - 450 meses.

Ilustración 5 Cuadro comparativo de penas

El resultado del artículo 108 y del aparte que nos interesa del artículo 130, es el mismo: la muerte del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas; sin embargo la pena entre uno y otro caso es totalmente diferente, la sanción mínima pasa de 64 a 208 meses y la máxima de 108 a 450 meses, respectivamente. Conviene entonces preguntarnos: ¿Estas sanciones penales diferenciales, son sustentables a la luz de la Constitución Política de 1991?, ¿Vulnera el derecho a la igualdad este tratamiento diferencial?, ¿Cómo aprobar o improbar esta determinación legislativa?

CAPÍTULO 7. VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD POR PARTE DEL ARTÍCULO 130 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 108 DE LA MISMA LEY

Debemos realizar un juicio de igualdad, para establecer si el derecho fundamental a la igualdad se quebranta, producto de las penas diferenciales aquí estudiadas, es necesario entonces aplicar el *test de proporcionalidad*⁷⁹, o “mal llamado test de razonabilidad”⁸⁰.

En términos generales el test de proporcionalidad es aplicado para dirimir la colisión de principios, la teoría constitucional moderna acepta e indica que todo derecho puede ser concebido como principio⁸¹, lo que conlleva a que en la colisión de derechos, se aplique el principio de proporcionalidad y el test que lo desarrolla, tenemos así que “El principio de proporcionalidad tiene especial aplicación en el juicio de igualdad para establecer si el trato desigual a iguales o el trato igual a desiguales esta constitucionalmente justificado”⁸² y en términos de la Corte Constitucional “Con el fin de establecer si en un caso determinado se justifica el establecimiento de diferencias en el trato que las autoridades dan a unos y otros individuos, esta corporación ha establecido la aplicación de un test de igualdad, para afrontar de la mejor manera posible la relatividad del concepto de igualdad”⁸³.

Para aplicar el test a las diferencias punitivas de los delitos de muerte (Artículo 108) y muerte sobreviniente de abandono de hijo fruto de acceso carnal violento,

⁷⁹ Se adjudica su desarrollo y teorización al profesor alemán Robert Alexy, al respecto ver: ALEXY, R. Tres escritos de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003., ALEXY, R. Sobre los Derechos Constitucionales a Protección, en Derechos Sociales y Ponderación. Madrid: Fontamara, 2010, ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. 2ed. Madrid.: Centro de Estudios Constitucionales, 2012.

⁸⁰ ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. P. 251.

⁸¹ Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984. P. 162.

⁸² ARANGO, Rodolfo. Óp. Cit. P. 235.

⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-555 de 2011. M.P.: Nilson Pinilla

abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, debemos establecer la intensidad de test a desarrollar, teniendo en cuenta que en el escenario de la igualdad, la Corte Constitucional y la doctrina manejan diferentes etapas y no en todos los casos se aplican a plenitud.

7.1 Ponderación en materia del Derecho a la Igualdad

Los principios aquí enfrentados son el principio democrático – en virtud del cual el legislador establece las diferencias en las sanciones estudiadas – y el principio de igualdad - porque el trato diferencial entre iguales tiene que ser justificado, de lo contrario degeneraría en inconstitucional-. “La ponderación en materia del derecho a la igualdad es por lo general la forma como se resuelve la colisión del principio democrático y el principio de igualdad”⁸⁴; al respecto señalan los máximos intérpretes de nuestra Constitución:

“El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo a la ponderación entre principios constitucionales: cuando en la solución de un caso particular, dos o más derechos entran en colisión, porque la aplicación plena de uno de ellos conduce a la reducción significativa del campo de aplicación de otro u otros, corresponde al juez constitucional determinar hasta dónde tal reducción se justifica a la luz de la importancia del principio o derecho afectado para el ordenamiento jurídico, en su conjunto”⁸⁵.

En virtud de la sentencia C-673 de 2001, se aplican –según el caso en concreto- diferentes intensidades al test de proporcionalidad, estos niveles se clasifican como, test leve, intermedio y estricto. Según el nivel seleccionado tendrá más o menos rigor el test; para el caso en concreto debemos aplicar un test estricto, como quiera que este se aplica “cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho

⁸⁴ Ibíd. P. 251.

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-.511 Óp. Cit.

constitucional fundamental”⁸⁶, en este caso el derecho a la libertad (afectado por la sanción penal).

El test estricto, desarrolla completamente el test de proporcionalidad, en él se analiza si el fin –en este caso la protección al bien jurídico de la vida del hijo fruto de acceso carnal, etc.- es legítimo (Constitucionalmente defendible), si el medio – la imposición de la pena descrita en el artículo 103- es legítimo y si la relación medio/fin es idónea, necesaria y proporcionada.

Tabla 1 Intensidad test de proporcionalidad / Igualdad

INTENSIDAD DEL CONTROL	FIN	MEDIO	RELACION MEDIO / FIN
TEST LEVE	Legitimidad	Legitimidad	Adecuación
TEST INTERMEDIO	Legitimidad Importancia	Legitimidad	Adecuación Conducencia
TEST ESTRICTO	Legitimidad Importancia Imperiosidad	Legitimidad	Adecuación Necesidad Proporcionalidad en sentido estricto

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSITTUCIONAL. Sentencia C-673 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda.

7.2 Fundamentos para la aplicación del test estricto de proporcionalidad

El infanticidio, contemplado en el artículo 108, es una conducta penal especialísima, mitigada, “una verdadera forma privilegiada de homicidio”⁸⁷, la sanción que contempla el artículo 130 –remitiendo a la altísima pena contemplada en el artículo 103, estudiada con anterioridad- solo aplica al artículo 128, y deja al descubierto una visible diferenciación, es peor la sanción penal que adquiere la madre que abandona a su hijo y en consecuencia este muere, que aquella que directamente atenta contra su vida, en otras palabras –alejadas de elucubraciones académicas- paga más la que abandona dejando al azar la muerte, que la que por sus propios medios asesina.

Esta decisión legislativa “hace eco de aquellas voces que clamaban por una mayor punición en estos casos –al punto de caer en extremos inconcebibles, como que unifica conductas comisivas con conductas omisivas-, pues no se justificaba que en el texto original una conducta dolosa de abandono seguida de muerte en cualquiera de sus modalidades, recibiera un tratamiento punitivo tan benigno de cara a los elevados marcos punitivos en materia de homicidio”⁸⁸. Por otra parte “da lo mismo si el abandono es simple, en lugar solitario, o la criatura recién nacida es producto de una de las situaciones señaladas <sic> el art. 128, pues el descuidado legislador no hace ninguna distinción”⁸⁹.

Se colige que el aspecto fenomenológico de la muerte –sobreviniente- del hijo según las circunstancias del art. 128, es totalmente diferente al de la muerte descrita en el homicidio contemplado en el art. 103, en consecuencia el trato igual –la consecuencia penal- entre desiguales debe defenderse o debatirse en aplicación del test estricto de proporcionalidad.

⁸⁷ VELÁZQUEZ, Fernando. Delitos contra la vida... Óp. Cit. P. 176.

⁸⁸ Ibíd. P. 313.

⁸⁹ Ibíd. P. 312.

7.3 Aplicación del test estricto de proporcionalidad como juicio de igualdad

7.3.1 Legitimidad, importancia e imperiosidad del fin- Protección del bien jurídico de la vida del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

En el caso estudiado, la norma que extiende las consecuencias penales del homicidio (Art. 103) a la muerte sobreviniente del abandonado (Art. 128 y 130), persigue el fin de proteger el bien jurídico de la vida del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, **este fin es legítimo**, ya que no existe prohibición alguna en el ordenamiento constitucional y por el contrario, desarrolla lo contemplado en el artículo 11 cuando se advierte que “El derecho a la vida es inviolable”, **el fin es importante e imperioso**, porque desarrolla el principio democrático y de reserva legal, como quiera que “La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1º y 3º C. Pol.), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación popular, lo cual asegura que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas”⁹⁰.

⁹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSITTUCIONAL. Sentencia C-365 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt

7.3.2 Legitimidad del medio- Imposición de la pena descrita en el artículo 103 por medio de la remisión que hace el artículo 130.

El medio escogido para proteger la vida, es la privación de la libertad, en virtud de una sanción penal, particularmente entre 208 y 450 meses de prisión. Este medio **es legítimo**, porque no se sujeta ninguna prohibición constitucional y por el contrario, desarrolla los mandatos democráticos, de reserva legal y el principio de legalidad constitucional, establece la Corte Constitucional que *“La potestad punitiva del Estado, así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificados constitucionalmente por la necesidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*⁹¹.

7.3.3 Adecuación del medio al fin

En este paso se debe determinar si el medio escogido (Imposición de la pena descrita en el artículo 103) es idóneo para alcanzar el fin (Protección de la vida), se debe “establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto”⁹².

En definitiva el medio resulta **ser idóneo**, porque *“los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado”*⁹³, en consecuencia la competencia estatal de establecer sanciones penales se erige como el medio adecuado para proteger bienes jurídicamente tutelados, sin perjuicio de reconocer que este medio debe responder a principios tan importantes como el de mínima intervención *“según el cual, el ejercicio de la*

⁹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-312 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁹² ARANGO, R. Óp. Cit. P. 255.

⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121. Óp. Cit.

*facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado*⁹⁴.

7.3.4 Necesidad del medio en relación con el fin

La necesidad busca establecer si el medio escogido es el menos gravoso, el menos lesivo de otros intereses, en otras palabras, si no existe una alternativa menos perjudicial para alcanzar el fin. En este caso debe advertirse que el medio escogido - Imposición de la pena descrita en el artículo 103 – **no resulta ser necesario**, porque existen sanciones menos lesivas, *verbi gratia* la contemplada en el artículo 108 (64 – 108 meses de prisión), que si ausculta a los principios constitucionales de mínima intervención, legalidad, debido proceso, igualdad, seguridad jurídica, etc.

Establece el artículo 29 de nuestra Constitución Política entre otros aspectos que “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, esta favorabilidad se relaciona con los límites a la configuración legislativa en sede penal, donde se señala que:

“(…)Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos **extremos de protección de los mismos**, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está **sometido al contenido material de los derechos constitucionales**, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad (...).

Deber de respeto por los principios **de proporcionalidad y razonabilidad**. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que **al establecer tratamientos diferenciales**

⁹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365. Óp. Cit.

se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, **un juicio de idoneidad del tipo penal (...)**

No podrán tipificarse conductas **que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones (...)**⁹⁵.

El *descuidado*⁹⁶ legislador no advirtió que la sanción penal impuesta no es necesaria, porque el mismo señala consecuencias punitivas menos lesivas e igualmente idóneas⁹⁷, como la que adscribe al tipo penal del artículo 108. Su inobservancia degeneró en dos vulneraciones al principio de igualdad, como quiera que estableció a) un trato igual injustificado frente a desiguales (el sujeto activo del homicidio descrito en el artículo 103 y el sujeto activo de la muerte sobreviniente en el artículo 128, producto de la remisión del artículo 130) y b) un trato desigual injustificado frente a iguales (el sujeto activo del homicidio privilegiado descrito en el artículo 108 y el sujeto activo de la muerte sobreviniente en el artículo 128 producto de la remisión del artículo 130).

Por otra parte y respecto al principio de mínima intervención:

“(...) la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.”

⁹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121. Óp. Cit.

⁹⁶ VELÁZQUEZ, F. Óp. Cit. P. 312.

⁹⁷ Debe ser igualmente idónea, al respecto ver: BERNAL, Carlos. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. [en línea].

En ese orden de ideas basta finalizar señalando que, toda pena implica la restricción de ciertos derechos fundamentales (principalmente la libertad), esta restricción se justifica en la tarea de proteger bienes jurídicos y valores constitucionales⁹⁸, sin embargo: *“Debido a la importancia constitucional de los bienes y valores jurídicos en juego, y a la variedad de factores implicados, el cumplimiento efectivo de la pena, y la garantía de los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad durante el período de su ejecución, suponen la organización de una labor compleja por parte del Estado”*⁹⁹.

7.3.5 Proporcionalidad en sentido estricto del medio en relación con el fin

El medio que ha sido ampliamente estudiado, no supera el escenario de la necesidad y mucho menos resulta victorioso en el estadio de la proporcionalidad en sentido estricto, pues además de lo anteriormente esbozado, las consecuencias negativas frente al sacrificio de otros bienes jurídicos como la igualdad y la libertad, sobrepasan los beneficios de proteger la vida por medio de la imposición de la sanción penal contemplada en el artículo 103.

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-312. Óp. Cit.

⁹⁹ *Ibíd.*

Tabla 2 Resultados del test de proporcionalidad aplicado

Fin	<ul style="list-style-type: none">• Es legítimo• Es importante• Es imperioso
Medio	<ul style="list-style-type: none">• Es legítimo
Relación medio /fin	<ul style="list-style-type: none">• Es adecuado• No es necesario• No es proporcionado

CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES

- La diferencia en el quantum punitivo previsto por el Legislador para el delito de Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas (Artículo 108 Código Penal colombiano) y el de Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas cuando sobreviene la muerte (Artículo 128 y Artículo 130 Código Penal colombiano), resulta desproporcional e inconstitucional, principalmente por vulnerar los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.
- Actualmente el artículo 130 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011, contempla un agravante para los casos de muerte sobreviniente del sujeto pasivo del delito contemplado en el artículo 128 ibídem, que transgrede los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la pena y configura un trato atentatorio del derecho a la igualdad, desde una óptica efectiva y material de justicia, en comparación con la pena prevista en el artículo 108 de la misma normatividad.
- Las conductas previstas en los artículos 108 y 128 con la circunstancia de agravación del artículo 130 de la Ley 599 de 2000, contienen presupuestos normativos similares, sin embargo el *inter criminis* de cada una presenta particularidades típicas que hacen imperiosa la labor de discernir entre las consecuencias a imponer en una y otra conducta, de tal suerte que en concordancia con los principios del Derecho Penal debería ser mayor la sanción endilgada a la madre que directamente atenta contra la vida de su hijo, frente a la pena de aquella que lo abandona y producto de ese abandono termina la vida del menor.

- En aplicación del debido proceso¹⁰⁰, la igualdad, la seguridad jurídica, el principio democrático y la reserva legal, se debe reformar la disposición contemplada en el artículo 130 del Código Penal Colombiano *“Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley”*, con el fin de realizar una disquisición entre los agravantes del abandono, para determinar sanciones penales diferenciadas según sea la circunstancia del mismo; respecto de la muerte sobreviniente del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, se exhorta a que la consecuencia sea por lo menos igual a la descrita en el artículo 108, así resultaría idónea, necesaria y proporcionada.
- Finalmente, si el legislador sigue sustentando como medio idóneo, necesario y proporcionado la imposición de la pena y si la política criminal aplicable es la de endurecer la sanción, se recomienda partir del ámbito de punibilidad comprendido entre 64-108 meses (contemplado actualmente para el artículo 108), imponerlo a la muerte sobreviniente producto del abandono y sancionar la muerte del recién nacido con una pena mayor, pero que no desconozca los presupuestos especialísimos, privilegiados y permisivos que otorga la naturaleza de la muerte de un hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, en los que el principio de favorabilidad y la categoría dogmática de la omisión impropia facultan la imposición de una sanción mitigada, como verdadera formula de política criminal que ausculta los principios de nuestro ordenamiento constitucional.

¹⁰⁰ En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

ANEXOS.
**PROPUESTA DE REFORMA DESDE LO JUDICIAL: ACCION PÚBLICA DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

Sr.: Presidente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Honorables Magistrados.

Corte Constitucional.

Bogotá. D. C.

Referencia.: Acción Pública de constitucionalidad, demanda que pretende la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del artículo 130 de la ley 599 de 2000.

__, ciudadano identificado con C.C. __ expedida en __, haciendo uso de la acción pública de constitucionalidad¹⁰¹, demando parcialmente el artículo 130 de la ley 599 de 2000, por estimar que vulnera principios de la Constitución Política de Colombia. Las normas vulneradas de la Carta Política son las siguientes: artículos 13 y 29.

¹⁰¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. ARTÍCULO 242.** Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente (...) **ARTÍCULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

Acumulación de demandas: Teniendo en cuenta lo previsto en el decreto 2067 de 1.991 Art. 5º, en caso de que exista coincidencia total o parcial de esta demanda con otra y en relación con la norma acusada, sírvanse acumular las mismas.

Conforme a lo previsto en el decreto 2067 de 1.991 Art. 5º, en caso de que exista coincidencia total o parcial de esta demanda con otra y en relación con la norma acusada, les rogamos se sirvan acumular las mismas.

1. Norma demandada parcialmente:

El artículo 130 de la Ley 599 de 2000 modificado por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011:

“Circunstancias de agravación. Si de las conductas descritas en los artículos anteriores se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte.

Si el abandono se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro se constituirá la tentativa de homicidio **y si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley**”.

Los apartes destacados en negrilla son los demandados.

2. Normas constitucionales infringidas:

Las normas infringidas son el artículo 13 y el artículo 29:

“ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...).

ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente **y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.**

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

(...)

Los apartes destacados en negrilla son los que se consideran infringidos.

3. De la inexistencia de cosa juzgada constitucional en relación con el artículo 130 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011:

Esta honorable corporación no se ha pronunciado definitivamente por medio de ningún medio de control constitucional, respecto del artículo 130 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011, demandado parcialmente, en ese orden de ideas no existe la figura de la cosa juzgada constitucional en este asunto que ahora se lleva a su conocimiento. Al respecto considerar la sentencia C-783 de 2005 M.P. Dra. Clara Inés Vargas, donde se indica:

“El inciso primero del artículo 243 de la Constitución Política, establece: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.” De esta preceptiva constitucional se tiene que las decisiones que profiera la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que significa que dichas decisiones se tornan en definitivas e incontrovertibles de tal manera que sobre el tema resuelto no puede plantearse un nuevo proceso¹⁰².”

¹⁰² Citando a su vez C-397 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

4. Consideraciones demostrativas de la vulneración de las normas de la Constitución Política de 1991:

La libertad de configuración legislativa ha permitido que el Congreso de la República establezca diferencias en las consecuencias punitivas que se imponen a los delitos contemplados en el artículo 108 del Código Penal Colombiano - Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas-, y el tipo penal erigido en el artículo 128 -Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas-, en relación con la remisión punitiva contemplada en el artículo 130 demandado parcialmente (cuando sobreviene la muerte del abandono). Estos tratamientos disimiles son apreciados a simple vista, porque a pesar de que el límite entre una u otra conducta sea tan estrecho, las repercusiones penales si son antagónicas y astronómicamente desiguales.

Para indicar las diferencias punitivas me permito relacionar las siguientes estimaciones:

Diferencias en las sanciones penales:

La Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, se penaliza como se describió anteriormente con una sanción que oscila entre **64 y 108 meses de prisión**; el abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, recibe un castigo penal que oscila entre **12 y 36 meses**; finalmente, la muerte sobreviniente producto del abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, se penaliza con prisión entre **208 a 450 meses** (en virtud de la remisión expresa a la pena que se aplica para el homicidio en el artículo 103). Es así que en años, la pena máxima aplicable en los delitos descritos será de **9 años** (Artículo 108), **3 años** (Artículo 128) y un poco más de **37 años** (Artículo 103), respectivamente.

Art. 108	Muerte de hijo	<ul style="list-style-type: none"> • Cuarto bajo: 64 meses - 75 meses. • Dos cuartos medios: 75 meses - 97 meses. • Cuarto alto: 97 meses - 108 meses.
Art. 128	Abandono de hijo	<ul style="list-style-type: none"> • Cuarto bajo: 12 meses - 18 meses. • Dos cuartos medios: 18 meses - 30 meses. • Cuarto alto: 30 meses - 36 meses.
Art. 130	Muerte sobreviniente al abandono	<ul style="list-style-type: none"> • Cuarto bajo: 208 meses - 268 meses. • Dos cuartos medios: 268 meses - 389 meses. • Cuarto alto: 389 meses - 450 meses.

El resultado del artículo 108 y del aparte demandado parcialmente del artículo 130, es el mismo: la muerte del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas; sin embargo la pena entre uno y otro caso es totalmente diferente, la sanción mínima pasa de 64 a 208 meses y la máxima de 108 a 450 meses, respectivamente. Conviene entonces preguntarnos: **¿Estas sanciones penales diferenciales, son sustentables a la luz de la Constitución Política de 1991?, ¿Vulnera el derecho a la igualdad este tratamiento diferencial?, ¿Cómo aprobar o improbar esta determinación legislativa?**

4.1 Vulneración al derecho fundamental a la Igualdad (Artículo 13 C.P.) por parte del artículo 130 del Código Penal Colombiano, en relación con el artículo 108 de la misma ley.

El artículo 13 de la Constitución política señala:

“ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna

discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...)".

Debemos realizar un juicio de igualdad, para establecer si el derecho fundamental a la igualdad se quebranta, producto de las penas diferenciales aquí estudiadas, es necesario entonces aplicar el *test de proporcionalidad*¹⁰³, o "mal llamado test de razonabilidad"¹⁰⁴.

En términos generales el test de proporcionalidad es aplicado para dirimir la colisión de principios, la teoría constitucional moderna acepta e indica que todo derecho puede ser concebido como principio¹⁰⁵, lo que conlleva a que en la colisión de derechos, se aplique el principio de proporcionalidad y el test que lo desarrolla, tenemos así que "El principio de proporcionalidad tiene especial aplicación en el juicio de igualdad para establecer si el trato desigual a iguales o el trato igual a desiguales esta constitucionalmente justificado"¹⁰⁶ y en términos de la Corte Constitucional "Con el fin de establecer si en un caso determinado se justifica el establecimiento de diferencias en el trato que las autoridades dan a unos y otros individuos, esta corporación ha establecido la aplicación de un test de igualdad, para afrontar de la mejor manera posible la relatividad del concepto de igualdad"¹⁰⁷.

Para aplicar el test a las diferencias punitivas de los delitos de muerte (Artículo 108) y muerte sobreviniente de abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, debemos establecer la intensidad de test a desarrollar, teniendo en cuenta que en el escenario de la igualdad, la Corte Constitucional y la doctrina manejan diferentes etapas y no en todos los casos se aplican a plenitud.

¹⁰³ Se adjudica su desarrollo y teorización al profesor alemán Robert Alexy, al respecto ver: ALEXY, R. Tres escritos de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003., ALEXY, R. Sobre los Derechos Constitucionales a Protección, en Derechos Sociales y Ponderación. Madrid: Fontamara, 2010, ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. 2ed. Madrid.: Centro de Estudios Constitucionales, 2012.

¹⁰⁴ ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. P. 251.

¹⁰⁵ Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984. P. 162.

¹⁰⁶ ARANGO, Rodolfo. Óp. Cit. P. 235.

¹⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-555 de 2011. M.P.: Nilson Pinilla

4.1.1 Ponderación en materia del Derecho a la Igualdad

Los principios aquí enfrentados son el principio democrático – en virtud del cual el legislador establece las diferencias en las sanciones estudiadas – y el principio de igualdad - porque el trato diferencial entre iguales tiene que ser justificado, de lo contrario degeneraría en inconstitucional-. “La ponderación en materia del derecho a la igualdad es por lo general la forma como se resuelve la colisión del principio democrático y el principio de igualdad”¹⁰⁸; al respecto señalan los máximos intérpretes de nuestra Constitución:

“El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo a la ponderación entre principios constitucionales: cuando en la solución de un caso particular, dos o más derechos entran en colisión, porque la aplicación plena de uno de ellos conduce a la reducción significativa del campo de aplicación de otro u otros, corresponde al juez constitucional determinar hasta dónde tal reducción se justifica a la luz de la importancia del principio o derecho afectado para el ordenamiento jurídico, en su conjunto”¹⁰⁹.

En virtud de la sentencia C-673 de 2001, se aplican –según el caso en concreto- diferentes intensidades al test de proporcionalidad, estos niveles se clasifican como, test leve, intermedio y estricto. Según el nivel seleccionado tendrá más o menos rigor el test, para el caso en concreto debemos aplicar un test estricto, como quiera que este se aplica “cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental”¹¹⁰, en este caso el derecho a la libertad (afectado por la sanción penal).

El test estricto, desarrolla completamente el test de proporcionalidad, en él se analiza si el fin –en este caso la protección al bien jurídico de la vida del hijo fruto de acceso carnal, etc.- es legítimo (Constitucionalmente defendible), si el medio – la imposición de la pena descrita en el artículo 103- es legítimo y si la relación medio/fin es idónea, necesaria y proporcionada.

¹⁰⁸ Ibíd. P. 251.

¹⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-.511 Óp. Cit.

¹¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSITTUCIONAL. Sentencia C-673 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda.

Tabla 3 Intensidad test de proporcionalidad / Igualdad

INTENSIDAD DEL CONTROL	FIN	MEDIO	RELACION MEDIO / FIN
TEST LEVE	Legitimidad	Legitimidad	Adecuación
TEST INTERMEDIO	Legitimidad Importancia	Legitimidad	Adecuación Conducencia
TEST ESTRICTO	Legitimidad Importancia Imperiosidad	Legitimidad	Adecuación Necesidad Proporcionalidad en sentido estricto

4.1.2 Fundamentos para la aplicación del test estricto de proporcionalidad

El infanticidio, contemplado en el artículos 108, es una conducta penal especialísima, mitigada, “una verdadera forma privilegiada de homicidio”¹¹¹, la sanción que contempla el artículo 130 –remitiendo a la altísima pena contemplada en el artículo 103, estudiada con anterioridad- solo aplica al artículo 128, y deja al descubierto una visible diferenciación, es peor la sanción penal que adquiere la madre que abandona a su hijo y en consecuencia este muere, que aquella que directamente atenta contra su vida, en otras palabras –alejadas de elucubraciones académicas- **paga más la que abandona dejando al azar la muerte, que la que por sus propios medios asesina.**

Esta decisión legislativa “hace eco de aquellas voces que clamaban por una mayor punición en estos casos –al punto de caer en extremos inconcebibles, como que unifica conductas comisivas con conductas omisivas-, pues no se justificaba que en el texto original una conducta dolosa de abandono seguida de muerte en cualquiera de sus modalidades, recibiera un tratamiento punitivo tan

¹¹¹ VELÁZQUEZ, Fernando. Delitos contra la vida... Óp. Cit. P. 176.

benigno de cara a los elevados marcos punitivos en materia de homicidio”¹¹². Por otra parte “da lo mismo si el abandono es simple, en lugar solitario, o la criatura recién nacida es producto de una de las situaciones señaladas <sic> el art. 128, pues el descuidado legislador no hace ninguna distinción”¹¹³.

Se colige que el aspecto fenomenológico de la muerte –sobreviniente- del hijo según las circunstancias del art. 128, es totalmente diferente al de la muerte descrita en el homicidio contemplado en el art. 103, en consecuencia el trato igual –la consecuencia penal- entre desiguales debe defenderse o debatirse en aplicación del test estricto de proporcionalidad.

4.1.3 Aplicación del test estricto de proporcionalidad como juicio de igualdad

- Legitimidad, importancia e imperiosidad del fin: protección del bien jurídico de la vida del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

En el caso estudiado, la norma que extiende las consecuencias penales del homicidio (Art. 103) a la muerte sobreviniente del abandonado (Art. 128 y 130), persigue el fin de proteger el bien jurídico de la vida del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, **este fin es legítimo**, ya que no existe prohibición alguna en el ordenamiento constitucional y por el contrario, desarrolla lo contemplado en el artículo 11 cuando se advierte que “El derecho a la vida es inviolable”, **el fin es importante e imperioso**, porque desarrolla el principio democrático y de reserva legal, como quiera que “La reserva legal, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático (Arts. 1º y 3º C. Pol.), en virtud de la cual la definición de las conductas punibles y sus sanciones, que constituyen una limitación extraordinaria a la libertad individual, por razones de interés general, está atribuida al Congreso de la República como órgano genuino de representación

¹¹² Ibíd. P. 313.

¹¹³ Ibíd. P. 312.

popular, lo cual asegura que dicha definición sea el resultado de un debate amplio y democrático y que se materialice a través de disposiciones generales y abstractas, impidiendo así la posibilidad de prohibiciones y castigos particulares o circunstanciales y garantizando un trato igual para todas las personas”¹¹⁴.

- Legitimidad del medio: Imposición de la pena descrita en el artículo 103 por medio de la remisión que hace el artículo 130.

El medio escogido para proteger la vida, es la privación de la libertad, en virtud de una sanción penal, particularmente entre 208 y 450 meses de prisión. Este medio **es legítimo**, porque no se sujeta ninguna prohibición constitucional y por el contrario, desarrolla los mandatos democráticos, de reserva legal y el principio de legalidad constitucional, establece la Corte Constitucional que “La potestad punitiva del Estado, así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificados constitucionalmente por la necesidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”¹¹⁵.

- Adecuación del medio al fin

En este paso se debe determinar si el medio escogido (Imposición de la pena descrita en el artículo 103) es idóneo para alcanzar el fin (Protección de la vida), se debe “establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto”¹¹⁶.

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSITTUCIONAL. Sentencia C-365 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-312 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁶ ARANGO, R. Óp. Cit. P. 255.

En definitiva el medio resulta **ser idóneo**, porque “los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado”¹¹⁷, en consecuencia la competencia estatal de establecer sanciones penales se erige como el medio adecuado para proteger bienes jurídicamente tutelados, sin perjuicio de reconocer que este medio debe responder a principios tan importantes como el de mínima intervención “según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado”¹¹⁸.

- Necesidad del medio en relación con el fin

La necesidad busca establecer si el medio escogido es el menos gravoso, el menos lesivo de otros intereses, en otras palabras, si no existe una alternativa menos perjudicial para alcanzar el fin. En este caso debe advertirse que el medio escogido - Imposición de la pena descrita en el artículo 103 – **no resulta ser necesario y en consecuencia es inconstitucional**, porque existen sanciones menos lesivas, *verbi gratia* la contemplada en el artículo 108 (64 – 108 meses de prisión), que si ausculta a los principios constitucionales de mínima intervención, legalidad, debido proceso, igualdad, seguridad jurídica, etc.

4.2 Vulneración al derecho fundamental al Debido Proceso (Artículo 29 C.P.) por parte del artículo 130 del Código Penal Colombiano, en relación con el artículo 108 de la misma ley.

El artículo 29 de nuestra Constitución Política indica:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121. Óp. Cit.

¹¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-365. Óp. Cit.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente **y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.**

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (...) “

Establece el artículo 29 de nuestra Constitución Política entre otros aspectos que “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, esta favorabilidad se relaciona con los límites a la configuración legislativa en sede penal, donde se señala que:

“(...)Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos **extremos de protección de los mismos**, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está **sometido al contenido material de los derechos constitucionales**, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad (...).

Deber de respeto por los principios **de proporcionalidad y razonabilidad**. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que **al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción**. La proporcionalidad, implica, además, **un juicio de idoneidad del tipo penal (...)**

No podrán tipificarse conductas **que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones (...)**¹¹⁹.

El *descuidado*¹²⁰ legislador no advirtió que la sanción penal impuesta no es necesaria, porque el mismo señala consecuencias punitivas menos lesivas e

¹¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121. Óp. Cit.

¹²⁰ VELÁZQUEZ, F. Óp. Cit. P. 312.

igualmente idóneas¹²¹, como la que adscribe al tipo penal del artículo 108. Su inobservancia degeneró en la inobservancia del derecho al debido proceso y en dos vulneraciones al principio de igualdad, como quiera que estableció a) un trato igual injustificado frente a desiguales (el sujeto activo del homicidio descrito en el artículo 103 y el sujeto activo de la muerte sobreviniente en el artículo 128, producto de la remisión del artículo 130) y b) un trato desigual injustificado frente a iguales (el sujeto activo del homicidio privilegiado descrito en el artículo 108 y el sujeto activo de la muerte sobreviniente en el artículo 128 producto de la remisión del artículo 130).

Por otra parte y respecto al principio de mínima intervención:

(...) la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.

En ese orden de ideas basta finalizar señalando que, toda pena implica la restricción de ciertos derechos fundamentales (principalmente la libertad), esta restricción se justifica en la tarea de proteger bienes jurídicos y valores constitucionales¹²², sin embargo: “Debido a la importancia constitucional de los bienes y valores jurídicos en juego, y a la variedad de factores implicados, el cumplimiento efectivo de la pena, y la garantía de los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad durante el período de su ejecución, suponen la organización de una labor compleja por parte del Estado”¹²³.

6.3.5 Proporcionalidad en sentido estricto del medio en relación con el fin

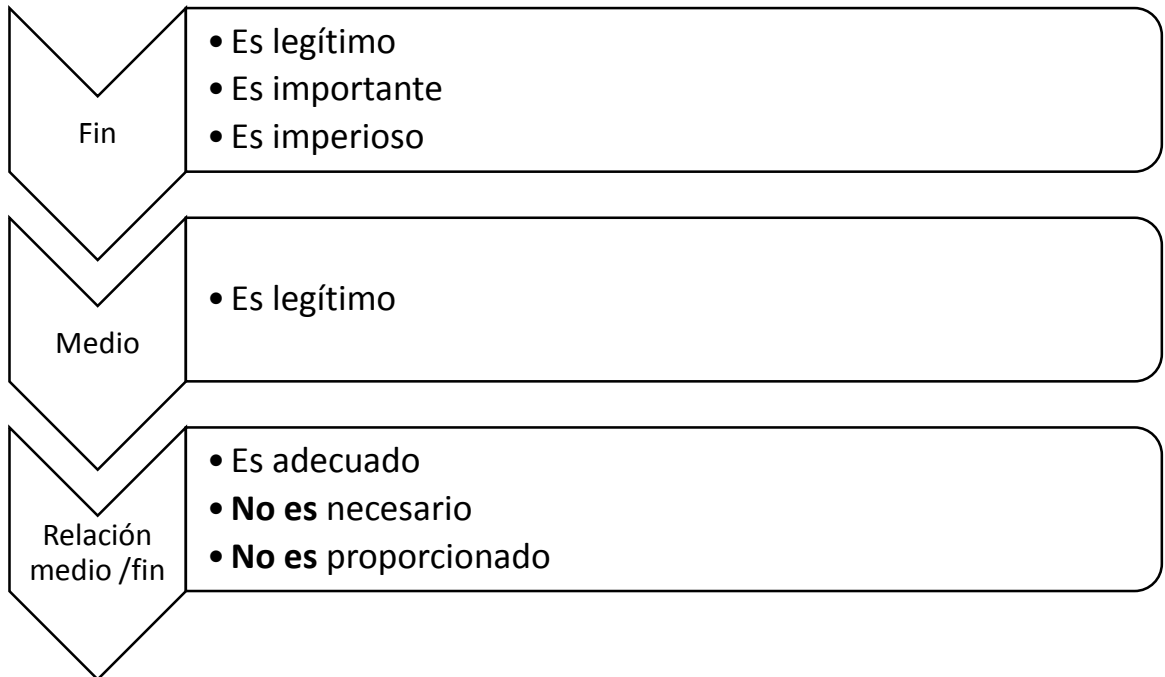
El medio que ha sido ampliamente estudiado, no supera el escenario de la necesidad y mucho menos resulta victorioso en el estadio de la proporcionalidad en sentido estricto, pues además de lo anteriormente esbozado, las

¹²¹ Debe ser igualmente idónea, al respecto ver: BERNAL, Carlos. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. [en línea].

¹²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-312. Óp. Cit.

¹²³ Ibíd.

consecuencias negativas frente al sacrificio de otros bienes jurídicos como la igualdad y la libertad, sobrepasan los beneficios de proteger la vida por medio de la imposición de la sanción penal contemplada en el artículo 103.



5. Conclusiones y petición:

- a. En aplicación de los derechos fundamentales al debido proceso¹²⁴ (Artículo 29 C.P.) y a la igualdad (Artículo 13 C.P.), en consonancia con los principios de la seguridad jurídica, el principio democrático y la reserva legal, **se debe considerar que la disposición contemplada en el artículo 130 del Código Penal Colombiano “...si sobreviniere la muerte la pena que se aplica será la misma contemplada para homicidio en el artículo 103 de la presente ley” es inconstitucional**, en consecuencia de lo anterior respetuosamente me permito solicitar a la Honorable Corte Constitucional que **determine las medidas hermenéuticas necesarias para eliminar de tajo esta situación**, al tiempo que se propone **exhortar al legislador** a realizar una disquisición entre

¹²⁴ En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

los agravantes del abandono, para determinar sanciones penales diferenciadas según sea la circunstancia del mismo; respecto de la muerte sobreviniente del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, se exhorta a que la consecuencia sea por lo menos igual a la descrita en el artículo 108, así resultaría idónea, necesaria y proporcionada.

- b. Es conveniente señalar, que a pesar que los presupuestos normativos del artículo 108 y la muerte sobreviniente del artículo 128 son iguales, la reforma se acompañaría más a los resultados del presente estudio, si señala tratamientos punitivos diferenciados, de tal suerte sería mayor la sanción indilgada a la madre que directamente atenta contra la vida de su hijo, frente a la pena de aquella que lo abandona y producto de ese abandono termina la vida del menor (así en el estadio de la proporcionalidad en sentido estricto, el beneficio sería mayor al detrimento y no igual, como ocurriría si las sanciones se establecen como iguales). Lo anterior como quiera que el *inter criminis* entre una y otra conducta es disímil y existen particularidades típicas que hacen imperiosa la labor de discernir entre las consecuencias a imponer en una y otra conducta.
- c. Finalmente, si después de que la honorable Corte Constitucional el legislador sigue sustentando como medio idóneo, necesario y proporcionado la imposición de la pena y si la política criminal aplicable es la de endurecer la sanción, se recomienda partir del ámbito de punibilidad comprendido entre 64-108 meses (contemplado actualmente para el artículo 108), imponerlo a la muerte sobreviniente producto del abandono y sancionar la muerte del recién nacido con una pena mayor, pero que no desconozca los presupuestos especialísimos, privilegiados y permisivos que otorga la naturaleza de la muerte de un hijo fruto de acceso carnal

violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas.

De los señores magistrados, atentamente

C.C:___

Notificaciones:

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, R. Sobre los Derechos Constitucionales a Protección, en Derechos Sociales y Ponderación. Madrid: Fontamara, 2010.
- ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. 2ed. Madrid.: Centro de Estudios Constitucionales, 2012.
- ALEXY, R. Tres escritos de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ARBOLEDA, Mario Código Penal y de Procedimiento Penal. 28 ED. Bogotá D.C. LEYER. 2011.
- ARBULU, V. Delitos sexuales en agravio de menores (Incidencia en la Provincia del Callao. Año 2004 al 2009). Callao: 2010.
- BELING, Ernest, Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo, 2 ed. Buenos aires. 1944. Trad Sebastián Soler
- BERNAL, Carlos. El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. [En línea].
- CAICEDO, José Hilario. Manual del Proceso Penal Acusatorio. 1 ed. Bogotá: Universidad Libre, 2012.
- CARRARA, Francesco. Vicisitudes del Fundamento del derecho a castigar 2 Ed. TEMIS. Bogotá. 1976
- CASTILLO, José. Derecho Penal. Parte Especial. 1 ed. Lima: Grijley, 2008.
- COLOMBIA CONGRESO DE LA REPUBLICA Ley 1453 del 2011. Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011.

COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-013/97. (23 enero de 1997) M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Código Penal Colombiano. Diario Oficial. Bogotá, D. C., 2000. No.44.097. Artículo 108.

COLOMBIA. CORTE CONSITTUCIONAL. Sentencia C-365 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt

COLOMBIA. CORTE CONSITTUCIONAL. Sentencia C-673 de 2001. M.P. : Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C- 646 (20, junio. 2001). Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal" y la Ley 600 de 2000 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.". M.P.: Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-312 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 (10, mayo, 2006) Demanda de inconstitucionalidad. M.P.: Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-483 (29, septiembre, 1997) Revisión acción de Tutela. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

DEL RIO, Enrique. Delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales. [En línea]. <http://www.enriquedelriogonzalez.com/2008/08/delitos-contra-la-libertad-integridad-y.html> [Consulta en mayo de 2014].

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1984.

FERNANDEZ, Eugenio. Estructura de la Tipicidad Penal 3 ed. Bogotá D.C. JURIDICAS GUSTAVO IBAÑEZ 1999.

GÓMEZ López, Jesús Orlando Tratado de derecho Penal, La Tipicidad Tomo III, Ediciones Doctrina

GÓMEZ, Jesús Orlando. El Homicidio. 3 ed. Tomo II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2006.

JIMENEZ, Luis. La teoría Jurídica del Delito. 1 Ed Madrid. 1930.

LECCIONES DE DERECHO PENAL, Parte General, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición,

MIR Puig Santiago, Derecho Penal, Parte General, Séptima edición, Editorial B de F.

MUÑOZ Conde, Francisco Teoría General del Delito, Edit. Temis 2005.

PUYO JARAMILLO, Gil Miller Diccionario jurídico penal Ediciones Librería del Profesional, 1981.

REAL ACADEMICA ESPAÑOLA. Diccionario de la real academia española 22 ed. [en línea]. <http://lema.rae.es/drae/> [Consulta en mayo de 2014]

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas.

TOCORA, Luis. Derecho Penal Especial. 11 ed. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda., 2009.

VELÁSQUEZ Velásquez Fernando, Manual de Derecho Penal Parte General, Tercera Edición, Editorial Comlibros, 2009.

VELAZQUEZ Velázquez, Fernando. Delitos contra la vida y la integridad personal. 1 ed. Ediciones jurídicas Andrés Morales. 2013. Bogotá.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte general, Editorial Temis.